

Princípio da legalidade e desvio de poder no Direito Administrativo

THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA
Assessora na Consultoria Jurídica do
Ministério da Justiça

"Pour qu'on ne puisse abuser de pouvoir,
il faut que, par la disposition des choses, le
pouvoir arrête le pouvoir."

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*.

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
 - 1. O crescimento do poder do Estado
 - 2. Limites ao poder do Estado
- II — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
 - 1. O princípio da legalidade
 - 2. Os poderes da Administração
 - a) Poder vinculado
 - b) Poder discricionário
 - 3. Discricionariedade e arbitrariedade
 - 4. Legalidade e finalidade
 - 5. Circunstâncias excepcionais
- III — DESVIO DE PODER
 - 1. Abuso e desvio
 - 2. Legalidade e desvio
 - 3. Alcance do desvio de poder
- IV — CONCLUSÃO
- V — BIBLIOGRAFIA

I — INTRODUÇÃO

Limita-se o presente estudo à apreciação do desvio de poder na prática do ato administrativo e sua relação com o princípio da legalidade. Assim, analisaremos o princípio, que é pressuposto de todo ato administrativo, para depois apreciarmos os casos em que o administrador, no exercício de suas funções, abusa do poder que lhe é conferido, desviando-se da finalidade prevista na lei.

1 — O crescimento do poder do Estado

É de grande relevância fixarmos, primeiramente, a noção de que a Administração Pública é um desdobramento do poder do Estado. Não possui ele um poder absoluto, mas a tendência universal é a de aceitar-se o processo de mudança, pelo qual o Estado deixou de ser somente o Estado-polícia, para se transformar no Estado-serviço-social. Ampliaram-se os poderes estatais. O Estado não mais se limita a guardar a ordem pública, mas converte-se num órgão de execução de serviços, cuja atividade tem crescido incessantemente.

O Estado moderno ampliou o campo de atividades da Administração, estendendo sua intervenção ao quadro social e econômico e, em consequência, dilatando-lhe o poder.

Sobre o assunto, é bem clara a assertiva do Prof. JOSAPHAT MARINHO:

“O Estado é um centro de poder: o maior centro de poder na sociedade humana. Editando leis, expedindo regulamentos, policiando, distribuindo justiça, formulando e executando programas e planos, a afirmação final do Estado é sempre um ato de poder, de autoridade. Embora diversificadas suas funções, pela multiplicidade crescente dos problemas sociais, políticos, econômicos, financeiros, técnicos, que exigem soluções também diferenciadas, ora decisões formais, ora serviços, ora obras, ora coordenação de órgãos públicos e de instituições privadas, ora negociação no campo internacional, a ação do Estado exprime, em princípio, mando e soberania” (1).

Caracterizando bem essa ampliação do campo de atividades do poder público, prossegue, mais adiante, o insigne Mestre:

“O Estado-empresário nasce no curso dessa transmutação do Estado liberal-individualista, por índole e historicamente abstencionista diante do fato econômico, em Estado-serviço-social, por natureza e finalidade intervencionista” (2).

Observe-se, assim, a evolução do Estado-polícia, de índole tipicamente liberal, para o Estado-empresário dos dias atuais. Já não mais se limita a interferir nas divergências entre os indivíduos, como no Estado liberal: torna-se, agora, instrumento de intervenção incessante na vida da coletividade, participando de seu desenvolvimento.

2 — Limites ao poder estatal

Como consequência do alargamento do poder público, e sendo este deslocamento de poder cada vez maior, à medida em que intervém na ordem econômica e social e nas relações dos indivíduos, faz-se necessário estabelecer um ponto de equilíbrio, a fim de que o Estado use de seu poder corretamente, sem chegar ao abuso. A coletividade deve preocupar-se em encontrar um limite para alcançar este ponto, impondo restrições, para que o poder estatal não seja extrapolado.

(1) e (2) JOSAPHAT MARINHO — Seminário realizado em Salvador, 1981, págs. 1 e 3.

A competência estatal deve ser bem definida, evitando-se que o indivíduo se torne apenas um instrumento da atividade do Estado; o indivíduo deve continuar a ser participante do desenvolvimento, devendo-se preservar-lhe a iniciativa no campo econômico e social. O Estado deve observar as necessidades coletivas, mas não pode inverter os papéis. Sua posição, ao intervir, é a de assegurar a liberdade, apenas dando o apoio necessário e tutelando os interesses individuais e coletivos.

Sobre este ponto, comenta CAIO TÁCITO:

“É necessário, assim, garantir à administração o uso do poder discricionário, eliminando qualquer espécie jurisdicional de controle de oportunidade, mas **também proteger** o indivíduo contra os riscos da pleora administrativa.

Dentro dos limites legais, a vontade do administrador é livre e plena; quando deles se aparta é irrita e arbitrária. No primeiro caso, o direito a fortalece e prestigia; na última hipótese a repudia e nulifica”⁽³⁾ (grifo nosso).

O Estado exerce atos políticos e administrativos. Estes últimos são os que nos interessam no presente estudo. Os primeiros visam a traçar planos de governo, enquanto estes, os atos administrativos, têm como objetivo tornar tais planos efetivos.

Os atos administrativos realizados para assegurar o bem-estar da coletividade devem ser praticados somente com a finalidade de atender-lhe os interesses e sempre de maneira que o administrador não exacerbe de sua autoridade. Para realizá-los, a administração pública necessita de certos poderes, os poderes administrativos, que não se confundem com os Poderes estruturais do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Analisaremos aqui apenas os poderes vinculado e discricionário, vez que, através deles é que o administrador poderá praticar o desvio de poder, ferindo de ilegalidade o ato por ele praticado.

II — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1 — O princípio da legalidade e os poderes da Administração Pública

O particular, ao administrar seu patrimônio, gerindo seus interesses próprios, tem plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Diversamente, na Administração Pública, a autoridade somente poderá praticar os atos autorizados pela lei. A legalidade é, pois, pressuposto de cada ato administrativo. A vontade pessoal do administrador não pode prevalecer; estará ele sempre adstrito ao mandamento legal e ao atendimento ao bem comum, de que não pode se desviar.

De se ressaltar, ainda, que o poder para praticar atos dentro da lei importa no dever de praticá-los, para atender ao bem comum, vez que as leis administrativas existem justamente para sobrepor o interesse coletivo ao pessoal.

(3) CAIO TÁCITO — *Direito Administrativo* — Ed. Saraiva, 1975, pág. 3.

O princípio da legalidade, no Direito Administrativo, visa a estabelecer o equilíbrio a que já nos referimos, entre o progressivo aumento dos poderes da Administração, intervindo no plano social e econômico, e o uso desses poderes pela autoridade administrativa. Para tanto, a lei estabelece a competência do agente estatal, pois não pode ele ter poder ilimitado. Com isso, não se pretende restringir totalmente sua ação, mas discipliná-la e estabelecer, através da ordem jurídica, os limites necessários e adequados ao exercício de suas funções.

Para que tenha validade, o ato administrativo deve-se ajustar às disposições previstas em mandamento legal. Só será legítimo, se praticado conforme a lei. Não pode ir contra ela, implícita ou explicitamente: deve respeitar-lhe os limites.

Neste sentido, ANDRÉ DEMICHEL diz que o respeito à regra de direito pela autoridade administrativa significa:

- “— fonder son action sur la règle de droit;
- conformer son action à la règle de droit;
- assurer l'application de la règle de droit” (4).

Assim, além de usar de seus poderes dentro dos limites legais, deve o administrador assegurar sua correta aplicação: há o dever, para a autoridade, não só de se conformar com a lei, mas de aplicá-la corretamente ao caso concreto. E, ao nos referirmos ao princípio da legalidade, que norteia todo ato administrativo, não nos referimos a uma determinada lei escrita, mas ao ordenamento jurídico vigente no Estado.

O administrador, entretanto, não é tolhido, ou subjugado totalmente pela lei. Tem ele certa liberdade para produzir os atos administrativos. Sob esse aspecto, podemos classificar os poderes do agente administrativo em poder vinculado e poder discricionário.

No exercício de tais poderes, estará a autoridade sempre vinculada à ordem legal e limitada por ela. Um terá mais amplitude, outro menos, mas nenhum ato será arbitrário. Não há poder ilimitado, visto que não o é nem mesmo o poder discricionário.

O princípio da legalidade, sempre sustentado pela doutrina, é definido, entre nós, pela Lei nº 4.717/65, art. 2.º, c, e parágrafo único, c (Lei de Ação Popular):

- “c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

2 — Poderes da Administração

Sempre obedecendo aos parâmetros legais, a Administração realiza seus atos sob duas formas: ou o faz obedecendo à lei estritamente, dela não se afastando em hipótese alguma, ou pode apreciar-lhes a conveniência e oportunidade, mas, ainda assim, dentro das determinações previstas.

(4) ANDRÉ DEMICHEL — *Le Droit Administratif* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, pág. 89.

Na primeira hipótese acha-se a autoridade no exercício do poder vinculado; na segunda, exercitando o poder discricionário.

a) Diz-se, portanto, que o poder é vinculado, quando a lei regula como a autoridade deverá praticar o ato administrativo. A definição que transcrevemos é de HELY LOPES MEIRELLES:

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o direito positivo — a lei — confere à Administração Pública, para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Nesses atos a norma legal condiciona a sua expedição aos dados constantes de seus textos. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações” (5).

No poder vinculado, a lei impõe à autoridade a obrigação de agir daquele modo, ditando-lhe o comportamento. A autoridade competente deve agir dentro das condições legais. Os atos, porém, não estão rigidamente traçados pela lei: estão nela delimitados. O administrador não pode ir além dos limites, mas, ainda assim, há sempre uma margem de discricião, vez que a lei não pode especificar todas as hipóteses. A lei procura estabelecer certos parâmetros ao agente público, mas este pode e deve ajustá-los à realidade, sempre dentro de sua competência e da finalidade visada: o bem público.

b) Já no uso do poder discricionário, a Administração tem a prerrogativa de apreciar a conveniência ou oportunidade de seus atos. Sua atividade é bem mais ampla. Ao exercitar este poder, não pode o agente público eximir-se da lei: o ato há de ser jurídico, correto e legítimo. O que se lhe reconhece é a iniciativa de apreciação da conveniência, do melhor meio, do modo mais oportuno para praticá-lo. É o que explica JEAN RIVERO:

“La loi, en créant une compétence, laisse l'agent auquel elle la confie libre d'apprécier, au vu des circonstances, si, et comment, il doit l'utiliser: par exemple, les jurys d'examen, compétents pour décider de l'admission des candidats, sont libres de noter selon leur jugement personnel la valeur des épreuves. Cette liberté d'appréciation constitue ce qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, par opposition à la compétence liée” (6).

No poder discricionário, há maior liberdade de ação que no poder vinculado. Tal liberdade, todavia, não é ilimitada, para não transformar-se em arbitrariedade.

O agente poderá apreciar a conveniência, o objeto e a oportunidade do ato, mas continua vinculado à competência, à forma e finalidade, do mesmo modo que ao realizar o ato vinculado. Apesar da liberdade de escolha do melhor procedimento, ao analisar cada caso, deverá sempre

(5) HELY LOPES MEIRELLES — *Direito Administrativo Brasileiro* — Editora Revista dos Tribunais — 7.ª ed., 1979, pág. 92.

(6) JEAN RIVERO — *Droit Administratif* — Dalloz, Paris, 1970, pág. 79.

colimar o interesse público protegido pela lei. O poder discricionário consiste em poder decidir, escolhendo a melhor maneira, mas sem se afastar da lei e da finalidade, nela prevista, para a prática do ato.

Importante é, ainda, ressaltar-se que não há ato totalmente discricionário, como também não o há absolutamente vinculado: este precisa, constantemente, acompanhar as mudanças sociais, que a lei não pode prever; aquele não pode dar liberdade irrestrita ao agente público, sob pena de se tornar arbitrário. Há sempre uma limitação geral da lei.

3 — Discricionariedade e arbitrariedade

Ato discricionário não é ato arbitrário. No ato discricionário, a liberdade do administrador continua limitada pela lei. Esclarece JEAN RIVERO:

“L’existence du pouvoir discrétionnaire n’est pas en contradiction avec le principe de légalité, il se définit, par rapport aux exigences de la légalité, de façon résiduelle: il commence là où elles s’arrêtent; puisque l’administration agit discrétionnairement, elle n’agit pas contre la légalité, puisque, par définition, sa liberté résulte de ce que la légalité, sur ce point, ne lui impose rien. La mesure du pouvoir discrétionnaire est donc fixée, pour chaque acte, par les exigences de la légalité à l’égard de cet acte” (7).

A arbitrariedade, de seu turno, é conduta antijurídica, é negação do direito. O agente público, agindo arbitrariamente, o faz baseado em sua livre vontade apenas.

Não pode a autoridade confundir o ato discricionário, lícito, em que lhe é concedida uma parcela de liberdade, para melhor atingir o fim comum, com o ato arbitrário, que se realiza com finalidade outra que não o bem público, ou de forma diversa daquela prevista em lei, visando apenas à satisfação de seus próprios interesses e fundando-se somente em sua livre vontade: este será sempre ilícito e nulo.

4 — Legalidade e finalidade

O princípio da legalidade, constante em toda a atividade administrativa, sistematiza-a juridicamente, amparando-lhe a organização e, ao mesmo tempo, protegendo o interesse geral. Através do princípio da legalidade, limitam-se os poderes do administrador, para que deles não extrapole e abuse.

Já o princípio da finalidade orienta o administrador no sentido de que ele só pode praticar o ato administrativo no sentido de atingir ao fim legal. Este fim será o bem público, o interesse coletivo, que estará sempre acima das situações particulares e interesses individuais.

Assim, a autoridade deve assentar os elementos de suas decisões nas necessidades públicas, que fundamentam toda a atividade administrativa. A finalidade do ato administrativo é outro de seus pressupostos genéricos e fundamentais. Será sempre dirigido a satisfazer a um fim: o de melhor

(7) JEAN RIVERO — op. cit., pág. 81.

servir à coletividade. Boa administração é aquela que acentua o valor comunitário do fim de seus atos.

As leis ora estabelecem fins gerais, ora fins determinados, privativos de determinada autoridade. Se o agente pratica o ato com finalidade legal, porém diverso daquele previsto na lei, há o desvio, ainda que realizado para atender a interesse público.

Sobre o desvio de finalidade, comenta ANDRÉ MAST:

“Il existe différentes sortes de détournement de pouvoir:

- 1 — La première est celle où l'organe administratif, oublieux de l'intérêt général, met son pouvoir en oeuvre aux fins de servir un intérêt particulier, que cet intérêt lui soit propre ou que ce soit celui d'un tiers.
- 2 — Mais l'acte entaché de détournement de pouvoir n'est pas nécessairement voué à la réalisation d'objectifs étrangers à l'intérêt public. Il peut avoir été pris en vue d'un intérêt général visé par la loi” (8).

Se o ato é praticado sem objetivar o interesse público, por motivos pessoais, caracteriza-se o desvio de poder. Se é praticado, embora atingindo o interesse público, porém com fim diverso daquele previsto em lei, caracteriza-se, também, o desvio de finalidade, e, conseqüentemente, o desvio do poder.

A Lei de Ação Popular define, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea e, o desvio de finalidade:

“e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

5 — Circunstâncias excepcionais

Como ficou bem fixado nos itens anteriores, o princípio da legalidade tem por função a proteção ao bem comum e, além disso, assegurar a boa administração e conformá-la, ideologicamente, ao regime do Estado.

Entretanto, cumpre ressaltar que o princípio da legalidade pode comportar raras exceções, vez que, em certas circunstâncias, pode não ir de encontro à realidade. É um princípio geral, amplo e permanente: mas, não absoluto.

Em toda sociedade, há momentos de crise e de circunstâncias excepcionais, não previstas em lei. Assim, o princípio pode sofrer limitações, quando ocorrem tais circunstâncias, aqui bem explicadas por JEAN RIVERO:

“Par circonstances exceptionnelles, on entend certaines situations de fait qui ont le double effet de suspendre l'autorité des règles ordinaires à l'égard de l'administration, et de déclen-

(8) ANDRÉ MAST — *Précis de Droit Administratif Belge*, Éditions Scientifiques, Bruxelles, 1966, págs. 376, 377.

cher l'application à ces actes d'une légalité particulière dont le juge définit les exigences" (9).

As circunstâncias excepcionais representam aqueles fatos especiais, no curso da vida dos povos, como a guerra, a revolução, a ameaça de greve geral, os graves problemas sociais. Tais situações, anormais e imprevisíveis, podem exigir que o administrador não observe a lei, para proteger o bem comum, somente diante de tais circunstâncias, e provisoriamente, até que a situação se normalize. As regras gerais da ordem jurídica são flexibilizadas, a fim de que possa a autoridade agir de maneira mais eficiente e célere, para atender ao interesse coletivo. Todavia, continua o administrador sob o império da lei. É o que RIVERO denomina "legalidade de crise":

"L'autorité administrative est liée par la "légalité de crise", définie par le juge; de cette légalité, les éléments fondamentaux concernent, d'une part, le but poursuivi — l'acte du temps de crise doit nécessairement chercher à faire face à la crise; d'autre part, les moyens mis en oeuvre qui doivent être adaptés à ce but" (10).

Como se observa, durante tais crises, a autoridade continua sob o império da lei. Apenas a urgência na realização dos atos pelo administrador justifica, por exemplo, a prorrogação de competência, ou a inexigência de formalidades que possam retardar atos necessários ao atendimento do bem comum.

III — DESVIO DE PODER

1 — Abuso e desvio

A Administração Pública, no uso de seus poderes, procura atender ao bem-estar coletivo, disciplinando direitos e obrigações e garantindo legalmente a proteção às pessoas físicas e jurídicas. Os atos administrativos, por sua vez, situam-se dentro da legalidade e da finalidade, para sustentar os direitos individuais e, ainda, o bem público.

Entretanto, em todo governo, há sempre um instante de uso e um instante de abuso do poder. Não obstante as garantias de legalidade, há sempre um extravasamento de autoridade, caracterizando o abuso do poder.

Já preconizava MONTESQUIEU:

"La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres pour leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin des limites.

Pour qu'on ne puisse abuser de pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une Constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire

(9) e (10) JEAN RIVERO — op. cit., págs. 83 e ss.

les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi permet" (11).

Ao realizar um ato com os poderes que lhe são conferidos, a autoridade administrativa pratica um ato sempre lícito; ao abusar do poder, o ato será sempre irregular e ilícito.

A doutrina, muitas vezes, usa as expressões abuso, excesso e desvio de poder como sinônimas. Podemos caracterizar, no entanto, o abuso como gênero, de que o excesso e o desvio são espécies. O abuso assinala a irregularidade e ilicitude do ato, compreendendo o excesso e o desvio. Existe excesso de poder, quando a autoridade pratica ato ultrapassando a competência que lhe foi legalmente conferida. Já no desvio, a autoridade restringe-se à sua competência, porém pratica o ato com finalidade diversa daquela especificamente prevista na lei.

A teoria do desvio de poder aparece no século XIX: é o "détournement de pouvoir", teoria criada pela jurisprudência do Conselho de Estado da França.

O móvel do desvio é sempre pessoal: quer por vingança, quer por motivo político ou religioso, ou, ainda, para favorecer a terceiros, a autoridade desvia-se do fim desejado pela lei, levada por sua intenção apenas.

O vício se apresenta sempre que o ato se afasta do fim legal. A investigação do vício deve ficar circunscrita à contradição entre o ato e o fim perseguido. Mas deve ser investigação zelosa, pois, movido por interesse pessoal, não irá o administrador inquirir o ato de vício flagrante. Procurará sempre fazê-lo de modo o mais dissimulado possível, tentando velar-lhe as distorções e mostrá-lo com toda a aparência de legalidade. Há que se fazer a apreciação das circunstâncias e comparar a intenção do legislador com a intenção da autoridade. Pode o ato apresentar-se de maneira perfeita e regular, mas haver contradição com aquele fim previsto em lei, causando prejuízo ao interesse coletivo.

Essencial, portanto, é acentuar-se que, no desvio de poder, o agente administrativo é competente para praticar o ato, mas usa de seus poderes para fim diverso daquele previsto legalmente.

2 — Legalidade e desvio

A lei fixa certa finalidade para o ato a ser realizado pela autoridade administrativa. Se a autoridade substitui esta finalidade, deturpando-a, há ilegalidade por desvio de poder. Mesmo em havendo efeitos de finalidade pública, a finalidade deve ser aquela prevista na lei que será aplicada.

A ilegalidade por desvio fixa-se, pois, no fato de a autoridade abusar do poder que lhe foi conferido para, usando de sua competência, atender a um fim diverso daquele prescrito em lei. Contrariando a finalidade, fere também a legalidade.

No excesso de poder, a discordância entre a lei e o ato administrativo é flagrante: a autoridade excede-se dos limites traçados à sua competência. No desvio, a contradição é mais sutil, mais difícil de ser revelada, por

(11) MONTESQUIEU — *De l'Esprit des Lois* — Tomo I, Ed. Garnier Frères, Paris, 1961, págs. 162/163.

praticado por autoridade competente: há desvio de finalidade objetiva, da determinação dos fins visados pela lei. Não basta que a finalidade pública seja invocada; faz-se necessário que esteja de acordo com a finalidade prevista na lei, sem distorções.

A relação legalidade-desvio de poder é bem esclarecida por CRETELLA JÚNIOR:

“O desvio de poder consiste num afastamento do espírito de lei, ou seja, para empregar uma expressão adaptada do direito penal numa **aberratio finis legis**.

Base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os **móveis** que inspiraram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam, realmente, inspirá-lo” (12).

Desviando-se da finalidade, abusando de seus poderes, há violação interna da legalidade do ato administrativo. O desvio do poder é, portanto, vício de legalidade interna que deturpa o ato administrativo e o torna passível de anulação.

3 — Alcance do desvio de poder

Objeto de discussão doutrinária é se o desvio de poder ocorre somente quando a autoridade administrativa abusa de seu poder discricionário, ou se também poderá fazê-lo quando pratica um ato no exercício do poder vinculado.

Evidentemente, ao usar do poder discricionário, o administrador tem maior liberdade para a apreciação e decisão do ato que irá realizar, ficando-lhe mais facilitado o desviar-se da finalidade perseguida. Sendo ela competente para praticá-lo e tendo maior amplitude na escolha dos meios, mais facilmente poderá desvirtuar o fim legal.

A maior parte dos doutrinadores sustenta somente haver o desvio do poder discricionário. Entre estes, podemos citar MARCELO CAETANO que, ao referir-se ao desvio do poder, diz:

“Como se vê, trata-se de um vício que apenas pode surgir com o exercício de poderes discricionários.

.....

De forma que tudo é legal nesta opção, contanto que o fim marcado pela lei seja atingido” (13).

Parece-nos, entretanto, não ser tão absoluta a afirmativa, podendo o desvio ocorrer também, mais raramente, no ato exercitado através do

(12) JOSÉ CRETELLA JR. — *Tratado de Direito Administrativo*. — Vol. II, 1.ª edição, Ed. Forense, 1966, pág. 242.

(13) MARCELO CAETANO — *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo* — Ed. Forense, 1977, Rio, pág. 177.

poder vinculado. Conforme esclarecemos anteriormente, o desvio de poder nunca é feito às claras, de maneira evidente, pelo administrador. De maneira dissimulada, poderá não estar violando a lei, mas sua finalidade específica. Poderá estar atingindo a finalidade do bem comum. Mas sua intenção, a parte subjetiva, o espírito da lei, e não a lei mesma, pode estar sendo distorcido. Por isso, o desvio é tão difícil de ser provado nos atos discricionários. Pode também sê-lo no vinculado. Deve-se dar ao juiz poderes amplos, para apreciar o ato, quando há dúvida fundada de desvio de poder, permitindo-se que o Judiciário compare a intenção do legislador e a intenção da autoridade que executou o ato, analisando as circunstâncias que o envolveram, inclusive apreciando o mérito, para, através do fato, apreciar-lhe a legalidade.

Isto tudo, porque a autoridade raramente praticará o desvio grosseiramente: o fim pode parecer legal.

A finalidade, que a lei especifica, é elemento integrante da legalidade do ato administrativo. Ainda quando o pratica com poderes discricionários, a autoridade está vinculada a ela. Assim, em ambos os poderes, tanto no vinculado, como no discricionário, a finalidade é vinculada. Sendo vinculada nos dois e podendo ocorrer em um, será passível de ocorrer em outro. O que se facilita no poder discricionário é a escolha dos meios, não do fim. Este, inclusive, delimita o âmbito de discricionariedade.

Além disso, como já dissemos anteriormente, mesmo no poder vinculado, os atos não estão rigidamente traçados pela lei: há sempre uma pequena margem de discricção, por não poder a lei prever todas as hipóteses e mudanças sociais.

Em todo ato administrativo, portanto, a finalidade e a legalidade são essenciais à perfeição do ato e use a administração dos poderes que usar, deles não poderá extrapolar, desviando-se da finalidade.

Observa CAIO TÁCITO:

“A competência discricionária ou vinculada varia de intensidade, abrangendo uma parcela mais ou menos ampla do ato administrativo. Mesmo nos atos de maior amplitude discricionária subsiste, porém, um elemento vinculado: a competência do agente e a finalidade da ação” (14).

Assim será o agente sempre vinculado à finalidade. E, sendo o desvio de poder o desvio de finalidade, poderá, dissimuladamente, realizá-lo nas duas hipóteses.

IV — CONCLUSÃO

No Estado moderno, o conceito de poder estatal e da delimitação da atividade governamental transformou-se grandemente. O Estado já não mais se restringe à defesa e guarda da ordem pública. Intervém e regula grande parte das atividades individuais, sempre zeloso do bem-comum. Em decorrência disto, ampliaram-se suas obrigações e, simultaneamente, seus poderes

(14) CAIO TÁCITO — *op. cit.*, pág. 101.

Para realizar todos os atos que julga necessários, o Estado intervencionista precisa de mais autoridade. Ao mesmo tempo, requer-se um controle legal constante sobre eles, para evitar que o uso dos poderes do Estado não se transforme em abuso. O limite desejado é aquele em que o Estado seja poderoso, dentro dos limites legais, funcionando legitimamente.

O princípio mais genérico, que alcança todos os atos administrativos, e fundamental em toda a atividade realizada pela autoridade é o da legalidade: tudo deve ser feito conforme a lei. Esta é a linha divisória entre o uso e o abuso do poder.

O princípio da legalidade abrange o da finalidade: não pode o agente da Administração contrariar a finalidade que a lei especificamente prevê; se o faz, há desvio de poder, infringindo a finalidade e a legalidade do ato e tornando-o passível de anulação.

O desvio de poder, espécie do abuso de poder, tem como característica o fato de ser praticado por autoridade competente, porém com distorção da finalidade prevista em lei. Não podem as autoridades usar seus poderes para fim diverso daquele previsto em lei, para aquele determinado ato.

No direito brasileiro, tanto na jurisprudência como na doutrina, a teoria do desvio de poder está ainda em formação. Mas já se encontram referências doutrinárias e alguns casos de anulação de atos administrativos em decisões de nossos tribunais. A legislação, ainda tímida, resguarda, no entanto, o indivíduo e a coletividade contra atos abusivos por parte da Administração: na Constituição, no art. 153, §§ 4º, 20 e 21; e na legislação ordinária, a Lei nº 221, de 21 de novembro de 1894, art. 13, § 9º; Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, art. 4º; Lei nº 1.207, de 25 de outubro de 1950; Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951; Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

BIBLIOGRAFIA

CAETANO, Marcelo — **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. Ed. Forense, Rio, 1977.

CRETELLA Júnior, José — **Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder**. Ed. Forense, Rio, 1978.

——— — **Tratado de Direito Administrativo**

DEMICHÉL, André — **Le Droit Administratif**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.

MARINHO, Josaphat — Anotações de Aula do Curso de Mestrado da UNB.

——— — Seminário realizado em Salvador, 1981.

MAST, André — **Précis de Droit Administratif Belge**. Éditions Scientifiques, Bruxelles, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. Edit. RT, 7ª edição, São Paulo, 1979.

RIVERO, Jean — **Droit Administratif**. Dalloz, Paris, 1980.

TÁCITO, Caio — **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 1975.

WALINE, Marcel — **Précis de Droit Administratif**. Éditions Montchrestien, Paris, 1969.